

家事司法运作的实质主义逻辑 及其应然面向

李拥军^{*}

内容提要：家庭关系具有身份性、伦理性、情感性、持续性等特征，家庭关系的运作具有明显的非形式化的特点，一般的民事司法模式无法真正有效地解决家事纠纷。有效解决纠纷的目标赋予了家事司法以实质主义的属性，也使调解成为最为常规的纠纷解决方式。由家庭关系以及家事纠纷的特殊性所决定，家事司法正义往往较少地依赖形式化的要素来实现，且在表现方式上具有情境性、生活化、默会性的特征。当下中国的家事司法不适合走纯粹的形式主义法治路线，而是需要践行一条实用主义法治路线，在不突破法律基本原则和强行法的基础上，允许家事司法具备更多的灵活性和实用性。为此，有必要构建特殊程序、推进法官的素质建设、加强法官职业伦理和职业保障建设、强化社会力量的参与、培育民间规范的融入机制，在保证司法权力正当行使的基础上，满足家事司法的特殊需求。

关键词：家事司法 纠纷解决 形式法治 实用主义 司法正义

引言

法学发展史上素有形式主义和实质主义两种立场。美国的法律形式主义和法律现实主义、欧陆的概念法学与自由法运动，以及当下中国的法教义学与社科法学之争，从本质上说都是形式主义与实质主义两种立场的争论。跳出学派思想的局限而从一般性的角度看待这两种立场，前者强调的无非是严格按照明确的规则和程序来裁判以及裁判结果的确定性，而后者则强调为了达致实质性效果，不应该拘泥于某些形式上的要求，而是需要充分考量案件所关涉的多种价值和利益，以实现利益或价值上的平衡。从这个角度说，法律形式主义的立场可以归结为理性主义，其核心特征是形式化，而法律实质主义的立场可以归结为实用主义，其核心特征是效果指向。^{〔1〕}

^{*} 吉林大学法学院教授。

本文为国家社科基金重点项目“亲伦传统视阈下的中国法律制度的本土化研究”（23AFX007）的阶段性成果。

〔1〕 参见叶肖华：《刑事诉讼法学研究中形式主义与实用主义的结合》，《法学研究》2012年第5期，第22页；顾培东：《能动司法若干问题研究》，《中国法学》2010年第4期，第7页；宋旭光：《面对社科法学挑战的法教义学——西方经验与中国问题》，《环球法律评论》2015年第6期，第118页以下。

法治国家的面相通常是以形式化特征来塑造的,形式主义的立场更容易被法治观念所接受,^[2]而法律实用主义带给法律人的更多地是偏离法治的忧虑。^[3]本文无意颠覆形式法治的基本立场,而是试图揭示这样一个命题:家庭是现代社会的一个特殊领域,此间运行着一套有别于一般法律世界的逻辑。家庭基于情感、伦理、身份等非理性因素组成,家庭关系的形成与维系、家事纠纷的形成与解决在很多情况下很难纳入理性化的视野中去解释,与此相应,形式化的法治路径未必是解决家事纠纷的最佳路径。家庭是组成基层社会的基本单位,是完成合格公民的初级培养、提供情感支持、规范性行为、实现经济合作与救助等功能的场所,而它又是现代法治的一块“飞地”,是理性与非理性相交汇的区域。关于法治的讨论通常是在一般意义上立论的,而家事关系的特殊性使其既难以进入形式法治的观察视野,也容易受到实质法治立场的忽视。尽管在家事法领域,已有不少学者注意到了家事关系的特殊性,也在为构建能够适应这种特殊性的制度安排做出努力,^[4]但笔者认为,在当下以形式理性为主导的法治背景下,在法学理论层面对家事关系的特殊性给予全面且深入的阐释,同样有其必要。

依阿蒂亚和萨默斯的理论,实质法律推理依托于实质性依据,而实质性依据则由目的性依据和正当性依据组成。有效的目的性依据的说服力,来源于判决(或规则)对“一个有益的社会目标产生功效”;有效的正当性依据的说服力,来源于判决(或规则)对“一条正当的社会道德规范的遵从”。^[5]受家庭和家事纠纷的特殊性所决定,家事司法具有鲜明的目的性,即其中的一切工作都应围绕纠纷的实质性解决来进行,而这种目的性只有建立在保障老人、妇女、儿童等弱势群体利益和遵守公序良俗的社会道德的基础上才能获得正当性。正因如此,基于这种目的性和正当性而形成的效果,成为了家事司法所秉持的目标。特别是在当下中国,家庭在人们的生活中占据特殊地位,对于人们的精神世界有着独特意义,家事司法更应被赋予特殊使命。从这个角度说,近代以来从西方移植而来的理性主义思维和形式主义法治实践,对于解决中国的家庭问题未必有效,而生长于本土的“实用道德主义”立场,在很多情况下可能更为可取。^[6]基于此,本文拟从实质主义的视角,以中国经验为样本,从一般法理学的层面,揭示家事司法运作的实然逻辑以及家事司法正义实现的特殊路径,试图在探索家事纠纷化解的中国模式方面做出努力。

习近平总书记指出:“中华民族历来重视家庭。正所谓‘天下之本在家’。尊老爱幼、妻贤夫安,母慈子孝、兄友弟恭,耕读传家、勤俭持家,知书达礼、遵纪守法,家和万事兴等中

[2] 参见王国龙:《捍卫法条主义》,《法律科学》2011年第4期,第40页以下;黄文艺:《为形式法治理论辩护——兼评〈法治:理念与制度〉》,《政法论坛》2008年第1期,第172页以下;孙海波:《“后果考量”与“法条主义”的较量——穿行于法律方法的噩梦与美梦之间》,《法制与社会发展》2015年第2期,第167页以下。

[3] 参见于柏华:《实用主义法律观之检讨》,《学术交流》2014年第10期,第64页以下;陈坤:《实用主义真理观适于法律领域吗?》,《浙江社会科学》2023年第1期,第67页以下。

[4] 参见刘敏:《论家事司法正义——以家事司法实体正义为视角》,《江苏社会科学》2021年第4期,第139页以下;许尚豪:《让个体回归家庭——家事程序的非司法路径研究》,《政治与法律》2018年第11期,第12页以下。

[5] [美] P. S. 阿蒂亚、R. S. 萨默斯:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,金敏等译,中国政法大学出版社2005年版,第5页。

[6] 黄宗智认为,中国传统法律实践体现的是一种道德主义与实际效应相结合的思维和立场。道德性表达和实用性行动之间是一种“既背离又统合,既矛盾又抱合”的关系,即“说的是一回事,做的是一回事,合起来又是另一回事”。这是与欧陆法律形式主义相对立的思维和立场。参见黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,第10页,第253页;黄宗智:《道德与法律:中国的过去和现在》,《开放时代》2015年第1期,第84页。

华民族传统家庭美德，铭记在中国人的心灵中，融入中国人的血脉中，是支撑中华民族生生不息、薪火相传的重要精神力量，是家庭文明建设的宝贵精神财富。”〔7〕“家”既是中国文化的栖息地，又是中国基层社会治理的基点。对于家事司法运作逻辑的揭示，意义不仅及于家庭关系本身，也关涉整个基层社会的治理。实质主义视角下的家事司法运作逻辑所开放出来的，不仅是家庭矛盾化解问题，更是中国自主性纠纷化解机制的构建问题。

一、家事司法的实质主义属性

家事司法是为解决家事纠纷而存在的民事司法形式，是在司法机关主导下为改变或修复原有的家庭关系、保护特定家庭成员或亲属的利益所进行的纠纷解决活动。家庭是由一定范围的家庭成员为维系共同生活而组成的集体，家庭关系是一种基于血缘或亲缘所形成的“超熟人”关系，其不同于一般经济社会中的陌生人间的关系，不是一种纯粹的契约关系，而更多地具有身份性、伦理性、情感性、持续性等特征。

首先，家庭关系具有身份性。身份是家庭关系得以维系的必备要素，身份性是家庭关系呈现出来的自然属性。对于每个家庭成员来讲，家庭不具有可选择性。由身份而形成的所谓权利，其实更主要是一种义务，如监护权的形成必然首先发生在亲属之间。家庭关系的身份性还体现在，家庭成员之间并不具有完全的平等性。例如，在代际关系中，虽然家庭成员是法律上的平等主体，在对外关系上也确实被视为平等主体，但在家庭内部，他们依然具有身份上的差别，在话语使用、资源占有、福利分配等方面存在一定程度的不均衡性。

其次，家庭关系具有情感性。血缘关系滋生出自然情感，共同生活孕育出社会情感。以血缘关系为基础，以共同生活为主要存在方式的家庭能够使这两种情感并存，并融合升华出更为高级的情感形式——家庭情感。家庭情感能使家庭成员之间形成认同感、信任感。正是由于存在这些情感基础，家庭成员之间的矛盾容易被化解，一方的过错或实施的侵害也容易获得另一方的谅解。

再次，家庭关系具有伦理性。在家庭中，血缘、身份、情感衍生出伦理，而伦理既是维系家庭的纽带，又是约束其成员的行为规范。伦理通常以不可言述的形式存在于人的精神世界中，作为一种观念以内隐的方式对人的行为发生影响。伦理一方面为人的行动提供观念背景，让人们不能脱离这个背景进行行为选择；另一方面通过引发行为人内心自责、引发舆论谴责的方式对违背规范的行为进行惩罚，从而形成对行为人的约束。比之法律，伦理规范约束效果的发生逻辑不具有明确的外观化和程序性。

最后，家庭关系具有持续性。〔8〕血缘的自然性、身份的不可选择性、情感的延续性、共同生活的长期性，使家庭关系具有持续性的特征。家庭关系存在于家庭存续期间、家庭成员的生命存续期间，甚至在特定的情况下，即使家庭解体或成员离世，基于特定的身份，借助一定的事由和媒介，原有的关系依旧能够延续。〔9〕例如，在婚姻解体后，基于子女探视、抚养或

〔7〕 习近平：《注重家庭，注重家教，注重家风》，《求是》2025年第3期，第4页。

〔8〕 参见前引〔4〕，刘敏文，第143页。

〔9〕 参见〔美〕斯蒂芬·B.戈尔德堡等：《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》，蔡彦敏等译，中国政法大学出版社2004年版，第469页。

对弱势一方的扶助等事由,原夫妻双方还要发生某种联系。又如,即使某一家庭成员过世,在世的亲属也可以基于人格延伸的理由对其名誉权进行保护。

家事纠纷的实质在于家庭关系的失序,而家庭关系的上述特点使家事纠纷呈现出明显的内部性、非理性化的特征。这些因素决定了,家事司法在解决纠纷上相对于一般司法具有特殊性。通常来说,一般司法必须或主要遵循形式化的要求。例如,严格落实罪刑法定原则,通过明晰的法律和准确的事实推出确定性的结论,是刑事司法的基本要求;遵循法定的程序,为当事人明确彼此的权利义务,是行政司法或一般民事司法的任务。由于家事关系具有特殊性,家事司法常常需要淡化或突破一些形式化要求,在一些场合下,如果硬要强调遵循形式化要求,反倒不利于纠纷解决。也可以认为,家庭关系的特殊性使形式化的法律在处理家事纠纷时会遭遇诸多困难。

其一,权利义务区分上的困难。家庭生活践行的是一条模糊化的逻辑,维系亲属关系的第一规范或机制是伦理与情感,亲属之间强调的是互助与付出,个人权利的明晰化总体上与共同生活的本质相悖。正如有学者指出的,权利并不是维系家庭关系的首选机制,而是备选机制,是在伦理、情感等第一机制失效的情况下不得不启动的机制。^{〔10〕}虽然在家庭生活的外部可以通过法律对家庭关系进行规定,但由于家庭生活存在上述特殊性,由此形成的法律关系不都具有交互性或对价性,即一方履行了义务,并不意味着必然可以向对方主张权利,或者说,一方履行义务并不以对方履行义务为前提。例如,子女履行赡养义务,只需考虑受赡养的父母的需要,并不以父母曾履行抚养义务为前提,^{〔11〕}而父母对子女履行抚养义务也不以预约将来儿女履行赡养义务为交换条件,经济学上纯功利性的交换原则并不适用于家庭生活。家庭关系的这种特殊性决定了,家事司法不宜像一般民事司法那样,通过简约化、格式化地确定当事人的权利义务来处理纠纷。

其二,内外逻辑转化上的不充分。家庭内部主要受身份、伦理、情感等非形式化要素支配,家庭外部则主要受形式化的法律要素的支配,基于这种差异,家庭内外在运作逻辑上存在着一定的张力和隔阂。一般来说,用法律解决家事纠纷,需要将家庭内部逻辑转化为家庭外部逻辑,但由于存在上述差异和隔阂,前者并不能完全顺利地转化为后者,家庭外部的法律的形式化操作并不能完全有效地解决家庭内部的非形式化问题。例如,家庭成员之间的交往主要基于情感,其纠纷也主要表现为情感纠纷。然而,情感难以通过简单的物化和测量方式转化为当事人的权利,即便明晰当事人的权利义务,也难以有效地解决情感问题。^{〔12〕}以赡养纠纷为例,法律解决纠纷的方式通常只有要求一方支付赡养费,而赡养中的情感性需求则无法通过这种方式来实现。这正是当下精神赡养纠纷无法通过司法获得真正解决的根本原因。

其三,规范作用机制上的相悖。家庭内部的规范主要是伦理,而家庭外部的规范主要为法律。伦理通常不能通过语言和文字来明确表达,而法律则更多地以文字、条文的形式来表达;伦理通常以内隐的方式作用于家庭成员,而法律通常以外化的方式作用于当事人。在纠纷解决中,伦理的适用更多依赖于裁判者的直觉、经验、技艺理性等默会知识,而法律的适用则更多依赖于各种外观化的程序性要素的履行;伦理性正义的实现更多地依靠情感性的交流和双方的

〔10〕 参见陈祖为:《当代中国儒家人权观初探》,宁宁译,载梁涛主编:《美德与权利:跨文化视域下的儒学与人权》,中国社会科学出版社2016年版,第83页。

〔11〕 参见前引〔4〕,刘敏文,第142页。

〔12〕 参见前引〔4〕,许尚豪文,第17页。

谅解，而法律正义的实现更多地需要依据实质性的证据和逻辑化的证明。基于这样的差异，针对家事纠纷的伦理性考量与法律性判断常常相悖。这表现为：法律适用中的调查、对抗、辩论、公开等规程设置，无法安放家庭关系中的伦理或情感等要素；而追求形式化操作的法律，无法深入当事人的内心来化解矛盾并实质性地解决纠纷。〔13〕

上述困难和障碍决定了，以一般性的司法模式来处理家事纠纷，并不能真正解决问题。〔14〕欲真正地解决问题，需要法官实际参与到家事纠纷的解决中来，倾听纠纷双方的声音，了解彼此的诉求，甚至需要以适当的方法触及并影响当事人的内心，而不是简单地以履行程序为目的。从这个意义上说，有效解决纠纷的目标赋予了家事司法以实质主义的属性，也使调解成为家事司法中最为常规的处理问题的方式。〔15〕家事司法的实质主义属性具体通过司法正义的表达逻辑和司法功能的实现路径两个侧面来展现。

二、家事司法正义表达的弱形式化逻辑

在《法学阶梯》中，正义被定义为“给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”，〔16〕法是保证每个人获得其应得部分的重要方式，法律正义指的是人与人之间权利义务的一种合理分配状态。落实到司法上，司法正义表现为通过司法合理地分配当事人之间的权利义务。家事司法正义的实现也有赖于对当事人权利义务的合理分配，基于家庭生活的自身规律，这种合理性会以特殊的形式被感知或体现。

一般意义上的司法正义由固定的程序和形式来体现，具体地说，其借助由“角色的分化”“对立面的设置”“主持者的中立”“理性的对话和交涉”“信息的充分与对等”“结果的确定性”等一系列形式要素所组成的程序来体现。〔17〕由形式要素所组成的程序来表现的正义，通常也被称为“程序中的正义”“看得见的正义”“规定性的正义”“法律之内的正义”。〔18〕受家庭关系以及家事纠纷的特殊性所决定，家事司法中的正义往往较少依赖于上述形式性要素来实现，家事司法正义在表现方式上具有自身的特殊性。受家庭关系中的身份性、情感性、伦理性、持续性等要素的影响，家事司法正义实现的前提是纠纷能够真正化解，而纠纷能否真正化解不在于司法是否完全具有上述程序性外观，而仅仅在于双方能否形成谅解或达成合意，或在保障家庭弱者利益的基础上使纠纷获得实质性解决。

（一）表达方式的情境性

富勒认为，法律判断针对的是行为，调解针对的是人，这是婚姻家庭纠纷最适合以调解的

〔13〕 参见前引〔4〕，许尚豪文，第18页。

〔14〕 小岛武司对这种特殊性揭示得颇为深刻，他指出，通常的民事诉讼理想在于适当、公平、迅速、经济，而家事司法则应当体现崭新的理想，即“人间的温情”。参见〔日〕小岛武司：《家事法院的诉讼法意义——职权探知·调停中心主义》，段文波译，载陈刚主编：《自律型社会与正义的综合体系——小岛武司先生七十华诞纪念文集》，陈刚等译，中国法制出版社2006年版，第243页。

〔15〕 美国、德国、日本、韩国等在立法中明确规定，离婚等家事纠纷在诉讼前必须经过法院的家事调停程序，而不能直接提起诉讼。在我国的家事司法中，调解更具有重要的地位。参见陈爱武：《情理与互让：家事调解的技术构造解读》，《社会科学辑刊》2013年第2期，第38页。

〔16〕 [罗马]查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第5页。

〔17〕 参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社2018年版，第265页以下。

〔18〕 参见郑成良：《法律之内的正义：一个关于司法公正的法律实证主义解读》，法律出版社2002年版，第87页以下；陈瑞华：《看得见的正义》，北京大学出版社2013年版，第1页。

方式来解决的原因所在。这其中的逻辑是：行为是具体的、外观化的，针对行为能形成确定性的法律判断，而大量的婚姻家庭事务没有法律的明确规定，其中的行为常常是随机产生的，因此婚姻家庭关系不适合通过正式的、行为导向的规则来调整。富勒的理论道出了家事纠纷解决的情境性特征：“调解的核心特质在于，能使当事人双方彼此调整其取向，不是通过法律规则迫使他们这样做，而是通过帮助他们彼此的关系产生新的、共同的认识，促使他们改变对彼此的态度与取向。”〔19〕家事纠纷的解决往往不在于依据现有的法律对确定性事实进行裁判，而在很大程度上取决于当事人双方在纠纷解决的过程中依调解所达成的合意，而这种合意更多地依赖于当事人所处的情境。

布迪厄认为，人的行动由场域和惯习两个主客观交融的要素形塑。场域是由附带一定的权力或资本形式的各种位置之间的关系构成的运作空间，而惯习是由积淀在个人身体内的一系列历史关系所构成的结构形塑机制。〔20〕依此理论，家事司法活动可以被视为一个“场域”，即一个由各种惯习承载者、各种权力或资本的占有者组成的空间。在该场域中，法官及当事人都是惯习的承载者，而惯习则是社会文化以人的观念的形式在司法场域中的存在，是“外在性的内在化”“客观性的主观化”，是影响主体认知的“前见”。〔21〕在这个意义上，家事司法场域如同杜赞奇所说的“权力的文化网络”，表现为各种文化的载体相互竞争与合作，在竞争与合作中达成合意并由此创设出新的规则或关系。〔22〕家庭关系是文化的承载体，其伦理性、身份性是传统在当下社会的呈现，它以惯习的形式、以人为媒介参与到具体的司法场域中，影响着法官的决策、当事人对各种意见的接受度，以及民众对司法结论的认可度。这具体表现为：慈孝、和睦、亲爱、互助、有序等传统家文化，一方面以伦理性规范的形式为裁判或说理提供依据，另一方面以背景知识的方式作为潜在力量影响着每个行动者的具体决策。从某种意义上说，纠纷的解决过程是一个各主体在家文化的网络中展开权力博弈的过程，所形成的结论是衡量各种利益和价值后取“中”的结果，纠纷的实质性解决意味着失序的权力结构获得了恢复和平衡。在这个场域中，作为一种传统的家文化是客观的，而个体对家文化的理解又是主观的，维护场域基本结构的法律是外化的，而影响主体是非判断的伦理是内隐的。基于主观才有竞争，基于客观才有合意，基于内隐才有实质化，基于外化才使结论不违法，这是一种以不违法为前提的实用性操作，一种经过博弈而达致的情、理、法的交融。由此说来，家事纠纷的解决所体现的合理和正义更多地依赖于当事人和民众对结论的认可度、法官对家庭文化的理解力和对场域内权力博弈的驾驭能力。这些因素决定了家事司法正义在表达上具有相对性、随机性、“就事论事”的色彩，即情境性的特征。

（二）表达方式的生活化

家庭关系的内部受身份、伦理、情感等非形式化逻辑的支配，家庭关系的外部受法律的形式化逻辑支配。内部的非形式化逻辑生成的是生活化的正义，外部的形式化逻辑生成的是规定性的正义。生活化的正义是一种基于人的本能、情感而生发的自然正义，而规定性的正义则是

〔19〕 See Lon L. Fuller, *Mediation-Its Forms and Functions*, 44 S. Cal. L. Rev. 305 (1971).

〔20〕 参见杨善华、谢立中主编：《西方社会学理论》下卷，北京大学出版社2006年版，第167页。

〔21〕 参见〔德〕汉斯-格奥尔格·加达默尔：《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》上卷，洪汉鼎译，上海译文出版社1999年版，第378页。

〔22〕 参见〔美〕杜赞奇：《文化、权力与国家：1900—1942年的华北农村》，王福明译，江苏人民出版社2010年版，第13页。

由法律规则建构起来的人为正义。生活化的正义是以伦理为本位的“人情正义”，它强调“义”要依“情”而定，合乎“情”即为“义”，它以生命情感的方式存在，以直觉的方式传递，强调“天经地义”。〔23〕规定性的正义则需要通过证据、程序、实体规则等专有形式来表现和确定，它以工具理性的形式存在，以外观化的方式表达。由于家庭生活是人们日常生活的主要形式，源于家庭生活的纠纷，只有遵循生活化正义的逻辑，方能获得实质性的解决。既然如此，基于两套正义标准之间的差异，仅追求通过法律的形式化逻辑达致一种专业化正义的标准，并不能或无助于纠纷的实质性解决。基于家庭生活的特殊性，家事司法正义的实现更多地需要走一条“以外就内”而不是“以内就外”的逻辑路线。该路线要求，家事司法在纠纷解决中不是要强化专业化，而是要淡化专业化、趋向生活化。

其一，它不追求司法必须在正规化的场景中进行，而允许其在生活化的场景中进行。该场景既可以是专业化的封闭场域，也可以是开放式的日常空间。〔24〕该场景中专业化的象征国家权威色彩的设置，可以替换为具有家庭生活意涵的设置；〔25〕体现着法官与当事人身份性的布局，可以改换成圆桌式平权型的布局；〔26〕法官的官方形象可以被淡化，其可以以日常生活化的形象出场。〔27〕营造生活化的场景，目的就是实现情感上的再创造，即通过符号、仪式的心理刺激功能，实现软化对立情绪、凸显家庭亲情、拉近彼此距离的效果。

其二，它不追求完全使用专业性的话语，而允许使用大众化的话语解决纠纷。家事纠纷的解决不在于是否履行了程序，而在于司法的力量是否达至当事人的内心。为此，法官需要借助生活化的语言来表达信息，而不是一味地追求使用专业化语言来描述法律的规定。换言之，“以外就内”的路线要求法官用当事人听得懂、体验得到的话语来实现沟通。家事司法中的话语不应局限于遵循法律逻辑的“规则导向型叙事”“法律话语”“权利话语”“审判式话语”，还应该借助于“关系型叙事”“治疗话语”“需求话语”“调解式话语”。〔28〕与此相应，裁判文书或司法结论不仅需要逻辑化的理性表达，也需要体现情理的感性表达。〔29〕

其三，它不追求纠纷完全依靠法官和法律来解决，而允许社会中的人或国家法之外的社会规范参与纠纷的解决。“以外就内”的逻辑要求家事纠纷中的是非判断不能仅靠存在于家庭之外的法律来完成，而需要嵌入在家庭生活中的伦理、习惯等社会规范的共同参与。这其中，法

〔23〕 参见于语和、于浩龙：《试论民间习惯在民间纠纷调解中的作用——以河北省某村的实地调查为个案》，《法学家》2005年第3期，第58页。

〔24〕 参见《积极探索家事审判新模式》，《人民法院报》2018年9月18日第2版。

〔25〕 参见《孝义市人民法院探索出“家事审判”新路子》，《山西法制报》2017年12月20日第4版；《打造家事审判改革的“柳州模式”》，《人民法院报》2018年9月13日第5版。

〔26〕 在当代西方国家，家庭群体会议或圆桌模式受到推崇，这些形式上的创新为的就是消除传统对抗式司法的弊端。See Susan Swaim Daicoff, *Families in Circle Process: Restorative Justice in Family Law*, 53 Fam. Ct. Rev. 427 (2015).

〔27〕 参见《白果树下断家事、姐弟重续手足情》，《人民法院报》2015年3月19日第4版；《虎丘：“玲玲姐姐法律屋”》，《人民法院报》2014年1月14日第8版。

〔28〕 参见〔美〕约翰·M.康利、威廉·M.欧巴尔：《法律、语言与权力》，程朝阳译，法律出版社2007年版，第88页；Sally Engle Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans*, Chicago: University of Chicago Press, 1990, pp. 111-115; Susan Silbey & Austin Sarat, *Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to the Reconstruction of the Juridical Subject*, 66 Denv. U. L. Rev. 472 (1989); 贺欣等：《家事审判中的调解式话语与审判式话语》，载贺欣主编：《法律和社会科学》第18卷第1辑，法律出版社2020年版，第26页。

〔29〕 参见杨帆、冷正涛：《家事裁判文书中的情感说理——以“不准离婚”判决为样本》，载侯猛、程金华主编：《法律和社会科学》第19卷第1辑，法律出版社2021年版，第145页以下。

律不需要被不折不扣地落实,而只需为行为人提供一个不得违反的行为框架,法官更多地是要促成当事人在“法律的阴影下磋商”。^[30]这通常会形成一个“官方形式和民间形式并存的机制”:家庭领域需要国家立法,但处理家庭问题并不一定要将国家立法作为主要依据,而更多地需要动用一套更为个人化、情境化的逻辑与道德理性。^[31]这一机制落实到纠纷的解决上,表现为法官不仅要调查“法律上的事实”,还应关注“生活上的事实”,并在此基础上透视案件全貌。^[32]同理,“以外就内”的路线要求家事纠纷的处理不能仅依靠法官,还需要更多地借助社会力量,即需要人民陪审员、家事调解员、家事调查员、情感观察员、心理疏导员,以及社会贤达、专业人士等各种力量的广泛参与。

(三) 表达方式的默会性

默会性知识是指不能通过语言符号明确表述,但可以通过实践领会或践行的知识,而默会性正义就是那些在交往实践中形成的,不能通过明确的语言符号等形式表达的正义。^[33]家事司法正义更多地是依靠默会性知识来表达的默会性正义,这具体体现在以下方面。

其一,家事纠纷的解决需要借助大量的具有默会属性的社会规范。解决家事纠纷所借助的规范,除法律外,还有伦理、习惯等社会规范,而“以外就内”的路线决定了,解决家事纠纷往往更需依赖后者。这些社会规范通常没有文字表达,缺乏明确的定义,处于一种默会状态。它们通过影响行为人的内心、促成双方达成合意来实现正义。更为重要的是,这些规范作为一种“家文化”,为人们的行动提供了一个观念背景,而在其中生活的人们不能脱离这个背景进行行为选择。这意味着,作为文化而存在的社会规范,在悄无声息中以内隐的方式影响着行为人的决策。

其二,家事司法正义的实现依赖于法官的默会性能力。按照波兰尼的观点,人们通过默会认识获得默会性知识。默会认识本质上是一种理解力,是一种通过对经验的领会、把握、整合,以实现对观念自觉控制的能力,是一种来自“心灵”的能力。^[34]家事司法“以外就内”的路线决定了,家事司法正义的实现更多地不是依靠法律规范的内在逻辑,而是依赖于法官的默会性能力。这种能力是一种说服能力,一种让当事人信任的能力,一种能将家庭运转规律与法律的运作逻辑统一起来的能力,一种能够使情、理、法相融合的能力,一种能把各种资源以合法的形式整合成各方都能接受的司法结论的能力。这种能力是在长期的学习和反复的实践中潜移默化地形成的,其依赖于行为人对家庭的理解、对地方性知识的掌握,以及对司法职业经验的累积,具有高度的个人性和默会性。

其三,家事司法正义的实现依赖于法官对职业伦理的守持。在家事司法中,法律通常只是为司法权力的行使提供一个框架,在这个框架内对法官发挥作用的不仅仅是法律。以效果为导向的家事司法,不会只满足于对既定程序的履行,比之一般性的司法,它通常会给法官带来更

[30] See Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 Yale L. J. 950 (1979).

[31] See Deborah Davis, *Who Gets the House? Renegotiating Property Rights in Post-Socialist Urban China*, 36 (5) *Modern China* 481 (2010).

[32] 参见前引[14], 小岛武司文, 第232页。

[33] 参见郁振华:《人类知识的默会维度》, 北京大学出版社2012年版, 第3页以下。

[34] 参见[英]迈克尔·波兰尼:《个人知识——迈向批判哲学》, 许泽民译, 贵州人民出版社2000年版, 第154页以下。

多的工作量。面对耗时费力的工作，法官的工作动力很大程度上并不来自于其对法律的遵守，而是来自于其对职业伦理的守持。职业伦理对法官的影响通常表现为增强法官对于职业的情感、对工作的兴趣、对理想的追求等，使法官发自内心地想把案件办好。这些情感性、思想性的内容必然以高度默会的形式存在或表现。

“以外就内”的逻辑路线决定了，家事司法为了达到实质性解决纠纷的目标，必须放弃一些形式化的要求。从理论上说，生活化的正义是非形式化的，法律中的正义是形式化的。追求纠纷的实质性解决需要家事司法去接近生活化的正义，但如果在司法的框架内解决纠纷，就还必须要遵循必要的程序性要求，这些程序是保障各种非专业化操作具备合法性的底线。因此，在形式化的程序保障下，趋向以非形式化的方式表达的家事司法正义，必然表现出一种弱形式化的特征。

三、家事司法功能实现的实用主义路线

对于一般性的司法来讲，法官的决策更多地应该服从于既定的程序，司法结论是由相对明确的法律规定和相对确定的案件事实通过演绎推理推导出来的结果。对于家事司法来讲，通过形式得出结论并不是最终目的，在秉持弱者保护等原则的基础上妥善处理纠纷才是终极目标。对于家事司法而言，通过既定程序推出来的结论并不一定具有终局性，其往往只是促成纠纷实质性解决的参考性因素。以效果为导向的家事司法所要践行的，是一条由实质推理主导的实用主义路线。这条路线与中国传统法律中的“实用道德主义”思维或立场相契合，其具体通过以下两个侧面来展现。

（一）司法衍生规则

在现代社会，家庭的私密性、自治性等特征决定了，法律不能过多地介入家庭内部事务。正因如此，现代家庭法对于家庭关系的调整在很多情况下是概括性、原则性、指导性的，甚至某些规定仅具有象征意义，如我国民法典婚姻家庭编中的夫妻忠实义务、家风条款，老年人权益保障法中的“儿女常回家看看”条款，家庭教育促进法中的家庭责任条款等，其主要作用是表明某种立场或宣誓某种价值，而诸如彩礼、婚约、忠诚协议等问题，在正式的法律中还没有得到规定。法律即使在诸如财产分割等实体问题方面作出了具体规定，也倾向于强调“综合考虑”或“根据实际情况”来处理。这意味着，既有的家庭法在很多情况下难以为法官解决家事纠纷提供明确的规则。又由于家庭关系是由情感维系的，在纠纷发生前通常不会存在明确彼此权利义务的契约，在家事司法中也就缺乏能够对当事人的行为进行评断的具体规则。换言之，家事司法通常不是通过落实预先规定的形式化的标准进行的，而主要是在一种“模糊的公平概念”下运作的。^[35]在家事司法中法官通常会拥有更多的自由裁量空间。为促成双方合意，法官被允许使用更为灵活或更具创造性的方式来处理案件。这些因素为司法在规范文本的基础上通过实践衍生规则提供了条件和空间。这种实践衍生规则的现象通常在两种意义上发生。

其一，在法律规则的空白或模糊地带，当法官能够促成两造合意，或裁判结果因符合伦理

[35] See Margaret Ryznar, *An Empirical Study of Property Divisions at Divorce*, 37 Pace L. Rev. 592 (2017).

习惯、一般的公平观念而被社会所接受时,新的规则往往会依托于案例生成。在当下中国,随着市场经济的深化,由新的生活方式所催生的新的诉求在家庭领域不断涌现。受限于成文法的滞后性,以及家事立法原则性、概括性的特征,许多权利义务关系往往在法律中没有明确规定,而当相关当事人诉诸司法时,法院又必须给予回应。例如,因“儿女不常回家看看”而主张“精神赡养权”、〔36〕因探视未成年人亲属受阻而主张隔代探视权、〔37〕因亲人亡故没有获得告知而主张“祭奠权”、〔38〕因人工辅助生殖技术的应用而主张冷冻胚胎继承权,〔39〕以及请求支付“空床费”、〔40〕“带孙费”、〔41〕“青春损失费”,〔42〕都属于新兴诉求。对这些诉求的支持或否定,通常以司法的形式来实现,相关的司法回应也在事实上影响着法院对其后类似案件的裁判。

其二,当适用既有的规则有可能产生明显有悖于社会公平或家庭伦理、风俗习惯的判决结果时,法官通过法律原则消解既有规则的效力或运用法律方法赋予其新的涵义,从而以案例的形式确立新的规则。“泸州遗赠案”的裁判逻辑、〔43〕夫妻共同债务承担规则的变化历程,〔44〕以及彩礼返还规则的修改,〔45〕都生动地体现了这一“实践创生规则”的路线与经验。

(二) 实践效果导向

家事纠纷的特殊性决定了,为实质性解决纠纷,家事司法需要走一条实质推理主导的实用主义路线。这就为各种司法机制和方法的创建提供了方向和理由。在法律允许的框架内,有利于实质性解决家事纠纷的方式,都能在家事司法中找到其存在的正当性。

首先,法官被赋予更大的裁量权。家事司法不仅要就权利义务关系给出确定的结论,出于保护未成年人、妇女、老人等弱势群体利益以及维护稳定的婚姻家庭关系的需要,家事司法还必须承担修复婚姻家庭关系、情感治愈以及为未成年人提供保护等其他民事司法不需要承担的附带责任。为此,家事司法中的法官需要拥有更多的自主性,家事司法的良性运作,需要

〔36〕 参见北京市朝阳区人民法院(2020)京0105民初62844号民事判决书;江苏法院老年人民事权益司法保护典型案例之“案例6:孝养之道在于乐心、精神赡养不可或缺”,<http://kaifa.lygzy.gov.cn/article/detail/2023/10/id/7589304.shtml>,2025年3月1日最后访问。

〔37〕 参见指导性案例229号:沙某某诉袁某某探望权纠纷案(最高人民法院审判委员会讨论通过,2024年5月30日发布);陕西省铜川市耀州区人民法院(2023)陕0204民初973号民事判决书。

〔38〕 参见《贺甲祭奠权纠纷案——“祭奠权”的规范依据》,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2013年第4辑(总第86辑),人民法院出版社2014年版,第109页以下。

〔39〕 参见江苏省无锡市中级人民法院(2014)锡民终字第01235号民事判决书。

〔40〕 参见最高人民法院民一庭:《如何处理夫妻双方在婚姻关系存续期间签订的涉及财产问题的协议》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》总第34集,法律出版社2008年版,第65页以下。

〔41〕 参见《重庆一老人起诉女儿支付“带孙费”获法院支持》,《人民法院报》2023年2月21日第3版。

〔42〕 参见黑龙江省虎林市人民法院(2024)黑0381民初526号民事判决书;河南省灵宝市人民法院(2023)豫1282民初6237号民事判决书。

〔43〕 参见四川省泸州市中级人民法院(2001)泸民一终字第621号民事判决书。

〔44〕 2001年修正的婚姻法(已废止)第19条、第24条对此只有一个概括性规定,而2003年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(已失效)第24条在实践中被认为过于保护债权人的利益、不利于保护夫妻不知情一方的利益。其后,最高人民法院先后以发布指导性案例、司法解释(《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》)的方式对上述规则予以调整,相关内容最终写入了民法典第1064条。

〔45〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(已失效)第10条规定的彩礼返还规则,因与民间的彩礼返还习惯不符,在司法实践中不得不变通适用(参见汤建国、唐登国:《民俗习惯司法运用的转化机理》,载汤建国、高其才主编:《习惯在民事审判中的运用——江苏省姜堰市人民法院的实践》,人民法院出版社2008年版,第180页)。2024年2月起施行的《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》对上述司法解释内容进行了完善。

突破一般民事司法所遵循的当事人主义和辩论主义的立场，法官需要依照职权探知主义原则，对其职权进行特殊化的建设性运用，^{〔46〕}即以一种更能动的方式来处理家事纠纷所涉及的问题。^{〔47〕}这具体表现为：其一，对当事人的处分权进行适当干预。当某种处分行为可能对弱势群体的利益造成不公正的损害时，法官有必要对当事人相应的处分行为进行适度干预，作有利于弱势群体的利益调整。其二，允许法官在证据收集上拥有更大的权力，如遇当事人举证困难或不宜由当事人举证的情况，法官可以突破一般民事司法“谁主张、谁举证”的原则，动用司法权力直接调查取证。^{〔48〕}其三，在事实认定上赋予法官更大的权力，即为保护弱势主体的利益或实现某些公益目的，法官在事实认定上可以不受当事人自认的拘束，对于影响司法结论的基础性事实的认定，可以不受当事人主张范围的限制。^{〔49〕}

其次，新的机制得以在司法过程中获得应用。在家事司法中，在法律允许的框架内，法官可以突破一般民事司法的模式而应用更为灵活的方式来解决纠纷。家事司法涉及的利益关系，不仅包括当事人双方的利益关系，也包括当事人与其他家庭人员的利益关系，甚至还关涉社会秩序稳定。家事司法中的法官不能仅仅满足于通过形式化的程序推出常规化的结论，不能仅关注产生纠纷的法律关系本身，还必须充分考虑当事人及其他家庭人员的内在心理，以及判决结果可能对社会产生的影响等。^{〔50〕}正因如此，家事司法往往被赋予更多的灵活性：可以采用多元的调解形式，特邀调解、委托调解、协助调解、在线调解等都有适用的空间；^{〔51〕}可以适当放宽婚姻家庭案件的审限限制，适度延长审理期限；^{〔52〕}可以适当伸展司法服务的长度，实现以家事审判为中心的前后延展，做到诉前调解、诉中调解、诉中裁判、案后回访的统一；可以适当延展司法服务的广度，实现以法院为中心的社会联动，以求与社会力量形成合力来化解纠纷。^{〔53〕}事实上，当下中国基层司法中的“五心工作法”、^{〔54〕}“四式工作法”、^{〔55〕}“亲情弥合八步法”、^{〔56〕}“‘四部曲’工作模式”、^{〔57〕}“‘三台一金’家事审判模式”等，^{〔58〕}都是法院为了有效解决纠纷而从实践中创生出的新机制。

再次，法官得以使用更灵活的方法。从某种意义上说，“调解的目的是达成协议，满足双方的需要，而不是实践一条道德标准。事实上，调解的目的在于调和相互冲突的道德标准”。^{〔59〕}正因如此，对于家事司法来说，在法律的框架内，能够促进双方达成合意的方法，

〔46〕 参见陈莉：《以法官职权探知主义为原则的家事审判》，《人民司法（应用）》2017年第1期，第47页。

〔47〕 这与德日的家事法理论和实践是一致的，即在家事司法中强化职权探知主义的应用。参见郝振江：《非讼程序研究》，法律出版社2017年版，第107页。

〔48〕 参见前引〔46〕，陈莉文，第47页。

〔49〕 参见郝振江：《论非讼程序在我国的重构》，《法学家》2011年第4期，第137页。

〔50〕 参见前引〔46〕，陈莉文，第48页。

〔51〕 参见陈爱武：《家事案件审判程序改革的观察与思考——兼议民法典时代我国家事诉讼立法的必要性》，《法治现代化研究》2020年第4期，第65页。

〔52〕 参见《最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》（法发〔2018〕12号）。

〔53〕 参见《积极推进家事审判方式改革》，《人民法院报》2016年4月6日第1版。

〔54〕 参见《咸阳法院探索“四化”家事审判方式纪事》，《西部法制报》2017年4月13日第1版。

〔55〕 参见《荣经法院探索“四式”法调解家事纠纷》，《四川法制报》2018年10月26日第9版。

〔56〕 参见《家事审判改革“临汾模式”调查》，《法制日报》2017年9月16日第3版。

〔57〕 参见《深圳坪山区法院家事审判工作纪实》，《人民法院报》2022年1月30日第4版。

〔58〕 参见《无锡推出“三台一金”家事审判新模式》，《江苏法制报》2018年3月9日第A版。

〔59〕 Sara Cobb, *The Domestication of Violence in Mediation*, 31 Law & Soc'y Rev. 413 (1997).

都具有应用的价值和意义。在家事司法的方法选择上,应当践行一条效果优先的实用主义路线。这就为各种方法的应用提供了合法性和可能性,实践中如“婚姻家庭驿站”“离婚冷静期”等形式的情感修复术的应用,^[60]为当事人“募集善款”“办理低保”“申请廉租房”“补办迟来的婚礼”等形式的案后抚慰术的应用,^[61]以将心比心、换位思考、同理心对待等方式的移情术的应用,都体现了这种灵活性和实用性。^[62]

最后,平衡策略被广泛应用。家事纠纷往往涉及情感问题,而情感问题大都很难分清对错,且家事行为经常是在私密状态下进行的,发生纠纷后往往很难取得实质性的证据。此外,基于血缘、身份、伦理等因素,事实上的家庭关系往往比形式上的法律关系更具有持续性和未来指向性。家庭关系的这些特点决定了,解决家事纠纷的最优路径不是“清晰的区分”而是“模糊的平衡”。欲实现家事纠纷的实质性解决,在大多数情况下不能一味要求法官必须按照某一标准为当事人区分是非曲直和确定权利义务归属,而是要实现当事人双方利益上的协调和平衡。家事纠纷的这一特性,加之中国传统“中道”文化的影响,使得平衡成为当下中国家事司法中较具普遍性的立场和策略,^[63]同时也是相对比较容易能获得当事人认可的一种机制。例如,在离婚诉讼中,法官往往侧重于运用“各打五十大板”策略,一方面劝诫被告改变生活中令原告不满的行为,另一方面劝告原告为孩子着想,给被告以改过的机会,^[64]而当维持婚姻确实无望时,则尽量在经济上为弱势一方多争取利益;^[65]在财产分割中,综合考虑各种因素,既要照顾无过错方,支持其离婚损害赔偿的要求,又要关注到过错方的实际生活状况,^[66]既贯彻应得、平均和需求的原则,也考虑照顾生理弱势者,同时更加强调个体的贡献和过错,^[67]从而提出一个双方都可以尽量接受的判决结果。

(三) 形式实质分离

美国现实主义法学家坚持形式与实质分离的司法观,认为以普遍规则为主体的判决理由是虚有其表的,他们否定司法意见中的形式主义和演绎逻辑,认为这是一种用来掩盖法官主观偏好的人为工具,^[68]法官实际上是依据个人品味和价值观得出结论,事后用适当的法律规则和理由将其合理化。^[69]这一观点被称为“司法虚饰论”。^[70]受家事案件的特殊性所决定,司法虚饰现象广泛存在于家事纠纷的解决中。

[60] 参见《是法庭,是驿站,更似温馨的家》,《人民法院报》2019年7月2日第5版;《司法温情守护家的温馨——吉林省吉林市两级法院家事审判改革调查》,《人民法院报》2018年10月11日第5版。

[61] 参见《家事法官“管闲事”助破碎家庭团圆》,《长江日报》2017年9月4日第12版;《厦门海沧:共同缔造温暖家园》,《人民法院报》2016年10月10日第8版。

[62] 参见《家事审判是神圣的》,《人民法院报》2019年7月2日第5版;《怀着一颗“同理心”去裁断家长里短》,《人民法院报》2015年11月24日第5版。

[63] 参见贺欣、肖惠娜:《司法为何淡化家庭暴力》,《中国法律评论》2019年第4期,第16页。

[64] 参见郭俊霞、周欣:《家事司法修复家庭关系的经验研究》,《浙江工商大学学报》2023年第1期,第85页。

[65] 参见贺欣、吴贵亨:《实用话语与两性不平等》,载前引〔29〕,侯猛等主编书,第139页。

[66] 参见赵刘洋:《中国婚姻“私人领域化”?——当代中国法律实践中的妇女离婚》,《开放时代》2019年第2期,第95页。

[67] 参见沈奕斐、商建刚:《“公平”价值几何?——当代中国城市夫妻离婚财产分配的公平逻辑》,《社会学研究》2023年第3期,第156页。

[68] See G. Edward White, *The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change*, 59 Va. L. Rev. 281 (1973).

[69] See Brian Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, 76 Tex. L. Rev. 268 (1997).

[70] 参见杨贝:《论判决理由与判决原因的分离——对司法虚饰论的批判》,《清华法学》2016年第2期,第38页。

1. 以法律话语包装非法律话语

家庭内部是一个由伦理主导的世界，而家庭外部则是一个由法律主导的世界。在伦理的世界中运行的是道德话语，其中纠纷的解决需要的是调解话语、治疗话语，而在法律的世界中运行的是规则话语，其中纠纷的解决需要的是审判话语。道德话语、调解话语、治疗话语本质上属于非法律话语，规则话语、审判话语本质上属于法律话语。^[71] 前述“以外就内”的路线就是要求法官遵循家庭的内部逻辑来处理纠纷，而不是一味地追求通过法律的外部逻辑来处理纠纷，就是要使用适应家庭生活规律的语言、方式、符号来传递信息、表达观点、解决问题，而不是一味地追求使用法律语言。具体地说，处理家事纠纷的话语应该是生活化的、地方性的、教谕式的、实用型的，以及通过口语化或修辞的方式来表达的，是能够推心置腹、触及人心灵深处的。当然，司法毕竟是以国家的名义进行的具有公共效力的活动，只有以法律的形式才能确认其合法性。因此，在家事司法中，基于非法律逻辑形成的司法结论，还需要借助法律的形式来表现和确认其合法性，即在道德话语、调解话语、治疗话语等非法律话语（实用话语）作用下形成的结论，需要用规则话语、审判话语等法律话语来包装。^[72]

2. 以言述形式虚饰非言述知识

从形式上说，司法裁判是一个依据大前提和小前提得出结论的法律推理过程，这一过程大致由法律规范的选择、案件事实的认定以及裁判结论的推导三个环节组成。由于家事法具有原则性、概括性的特点，在很多情况下，法官并不能找到一个具体明确的逻辑推理的大前提。又由于受到情感、伦理因素的影响，家事纠纷中的事实也不像其他案件中的事实那样具有相对的明晰性、独立性、客观性，而主要是一种相对性事实或主观性事实。^[73] 这样的事实往往不能通过调查、辩论、公开等规程设置来认定，而是需要基于当事人双方合意或由法官依职权来认定。^[74] 这两方面因素决定了，家事司法的过程，更多地不是一个通过严格地遵循演绎逻辑来得到确定性结论的形式推理过程，而是夹杂着法官主观性因素的实质推理过程。或者说，家事司法是一个需要充分融入价值、利益、情感、经验等主观性知识的情境性活动，而这些知识恰恰具有典型的默会知识的属性。法官的实质推理过程发生在其思维内部，由法官的默会知识左右，具有较强的不可言述性。司法的权威来源于司法活动的公开与明确，而公开明确的司法则要求推理过程必须以言述的形式表达出来。这就是说，法官处在一种形式的言述与实质的默会的矛盾之中。一个法官的能力也正体现在其能够以形式上的言述来掩饰实质上的默会，即法官需要借助形式推理将案件事实、裁判依据和裁判结果有效地连结起来，经过适当地加工后，通过逻辑和说理将裁判过程合理化地表达出来，使裁判结果的推导过程具有可接受性。^[75] 从这个意义上说，法官的权力运作空间越大，默会知识发挥的作用也就越大，“形式虚饰实质”的现象就越明显。许多基层法院之所以选择工作经验丰富、地方性知识广博、年龄稍长的女性担

[71] 参见前引〔28〕，贺欣等文，第26页。

[72] 参见前引〔65〕，贺欣等文，第139页。

[73] 参见〔美〕杰罗姆·弗兰克：《初审法院——美国司法中的神话与现实》，赵承寿译，中国政法大学出版社2007年版，第25页。

[74] 参见前引〔4〕，许尚豪文，第19页。

[75] 参见李拥军、王潮：《家庭伦理在民事司法中的功能探究——以默会知识论为视角》，《学习与探索》2024年第6期，第140页。

任家事法官,其道理就在于此。〔76〕

3. 正式权力的非正式运作

形式主义司法遵循的是从“规则到结论”的顺向推理逻辑,而实用主义司法遵循的是由“结果到方法”的逆向推理逻辑。〔77〕家事司法是结果主义导向的,其遵循的应该是一种逆向推理逻辑。在逆向推理逻辑下,结果是明确的,手段的价值需要通过结果来确认。在家事司法中,与纠纷的实质性解决这一效果相契合、同时又具备法律规定性要素的方法,其合法性自然毋庸置疑,但由于家事纠纷具有特殊性,真正有效的方法可能是那些不能纳入法律范畴的、具备“正式权力非正式运作”特征的方法。〔78〕例如,前文所述的移情术、情感修复术、案后抚慰术以及“各打五十大板”式的平衡术等,往往都是一些在实践中有效但又无法纳入常规机制的方法。

法律制度运作的形式主义逻辑与内在的实用主义逻辑之间的分野,在家事司法中呈现得特别明显。在家事司法中,法官可以交替运用这两种逻辑并使用与之相配套的知识来助力纠纷的解决。但是,无论如何,最终只有通过法律的逻辑才能让司法运作具有合法性。正因如此,家事司法通常会呈现出如下的运作轨迹:法官依靠实用主义的行动逻辑真正化解纠纷,依靠形式主义逻辑来获得结论的合法性。〔79〕在家事司法中,成功的司法运作实质上是一个借助“案件制作术”将实用主义逻辑改造为形式主义逻辑的过程。法官需要掌握一种“将社会生活中发生的‘事件’建构为法律上的‘证据’、将社会生活里发生的‘事件’转化为法律逻辑所认可的‘案件’的技术”。〔80〕经过该技术的改造,“卷宗给我们呈现的往往只是一套法律的逻辑和要求”,而真正生动、关键的法官行动和场景都变成了“格式化的程序、法律模板”。〔81〕

四、当下中国需要什么样的家事司法

现代法治无疑以形式理性为主题,别说是韦伯所概括的形式理性状态下的理想型法治,即使是最薄意义上的法治,也应该具有形式主义的内涵与特征。〔82〕然而,家庭是传统和现代争夺的区域,是理性和非理性交集的空间,是现代法治的一块“飞地”。法律为家庭构筑的只是一道“围墙”,在其中,成员被允许享有更多的自治空间,情感和伦理对于家庭关系的维系发挥着较大作用,甚至可以说,家庭关系在很大程度上不是依法律规定的标准来运作的,而是家庭成员在法律基本原则的约束下,以自主的方式、基于情感来运作的。因而,家庭关系的运作

〔76〕 参见《用“心”审判唤亲情“归港”——河南省宁陵县法院家事法庭工作纪实》,《人民法院报》2016年8月18日第1版。

〔77〕 参见王彬:《司法裁决中的“顺推法”与“逆推法”》,《法制与社会发展》2014年第1期,第73页。

〔78〕 参见孙立平、郭于华:《“软硬兼施”:正式权力非正式运作的过程分析——华北B镇定购粮收购的个案研究》,载清华大学社会学系主编:《清华社会学评论》特辑,鹭江出版社2000年版,第25页。

〔79〕 参见王启梁、张熙炯:《法官如何调解?——对云南省E县法院民庭的考察》,《当代法学》2010年第5期,第20页。

〔80〕 强世功:《“法律不入之地”的民事调解——一起“依法收贷”案的再分析》,载强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版,第538页。

〔81〕 前引〔79〕,王启梁等文,第20页。

〔82〕 参见〔美〕布雷恩·Z.塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第118页。

具有明显的非形式化的特点。

家事司法欲有效完成纠纷解决的任务，就必须适应家庭关系的运作规律，放弃一些形式化的要求，增加更多的灵活性和实用性。其一，家庭关系的情感性及其对习惯的依赖性，使家事法很难为司法实践提供相对稳定的法网。情感的内隐性、主观性，以及习惯的地方性、多元性，通常与实体法秩序的外观化、形式化、稳定性、一致性等标准难以兼容。其二，家庭关系的自治性决定了，以当事人达成合意的方式来化解矛盾是解决家事纠纷的最佳方案。这种方式具有很强的随机性，这种随机性既使纠纷解决难以获得确定性和可预测性的效果，也使家庭婚姻财产“呈现出高度复杂的归属关系，具备独立于物权维度归属的存在意义”。^{〔83〕}其三，为追求效果而表现出极强的实用主义偏好的家事司法，虽然也要受到法律规则的指引，但若要亦步亦趋地做到“于法有据”“依法办事”，势必克减家事司法的灵活性，也极有可能无法达到纠纷实质性解决的效果。^{〔84〕}家事司法中运行着一套有别于“完整社会”（一般的法律世界）的“部分社会”的法理，^{〔85〕}比之其他形式的司法，家事司法应该是形式理性程度最弱的司法，在关注纠纷解决的意义上，家事司法需要践行一条实质主义的路线。

允许家事司法具备更多的灵活性和实用性，并不意味着法官可以任意而为，对其进行权力制约的形式理性依然要发挥作用。首先，家事司法的自由裁量，建立在不突破法律基本原则和强行法的基础上。婚姻自由、男女平等、一夫一妻制、弱势群体保护等原则，以及各种强行性规定，是法官行使权力的基础和底线。其次，家事司法的特点决定了，控制法官权力，依靠的主要不是司法场域内的力量，而是司法场域外的力量，即要依靠人民陪审员、家事调解员、律师、社区精英等社会力量的广泛参与，对法官权力形成有效的制约。这些司法场域外的力量来源于基层社会，相关主体更通晓家庭运作规律，更谙习日常生活正义的逻辑，在监督与矫正法官行为方面更具有优势，由这些力量所营造的舆论环境对于司法决策也会产生重要影响。如此说来，实质主义的家事司法，并非建立在反法治的立场上。强调家事司法的实质主义特征，目的就在于揭明：对司法权力的控制并非完全来自于法律之网的内部，在法治领域仍需善待情感或非理性；家庭作为一个特殊领域，需要被给予特殊对待。

正是注意到了家庭的特殊性，在世界范围内，不少学者都对传统的奉行形式主义的家事司法进行了激烈批判，有学者甚至将那种只讲形式、不管情感修复的基于特定理由而强制批准离婚的做法视为“美国离婚法中最严重的腐败行为”。^{〔86〕}在英美法系国家，家事司法正经历着深刻的变革，即从传统的对抗模式到现代的合作模式，从专注法律因素到强调情感和社会因素，从强调确认权利、落实责任到强调心理治疗和情感修复，从强调第三方争议解决到侧重支持家庭自身解决冲突的能力建设，从事后救济到事先预防等方面的变革。在这种变革的背景下，法官不再主要扮演“过错的发现者或权利的裁决者的角色”，而是日益成为“冲突的管理者”。^{〔87〕}在德国，21世纪初，独立的家事事件和非讼事件程序法开始实施，在家事司法领

〔83〕 汪洋：《泾渭分明：婚姻财产的内外归属方案与内外效应》，《中国法律评论》2024年第1期，第173页。

〔84〕 参见苏力：《关于能动司法与大调解》，《中国法学》2010年第1期，第12页。

〔85〕 参见郑磊：《论“部分社会”法理》，《学习与探索》2009年第3期，第100页。

〔86〕 J. Herbie DiFonzo, *Coercive Conciliation: Judge Paul W. Alexander and the Movement for Therapeutic Divorce*, 25 U. Tol. L. Rev. 545 (1994).

〔87〕 See Jana B. Singer, *Dispute Resolution and the Postdivorce Family: Implications of Paradigm Shift*, 47 Fam. Ct. Rev. 364 (2009).

域,法院的职权主义获得加强,司法的纠纷预防和解决功能进一步强化。日本在近代化之初,出于缓和移植德国法带来的水土不服以及对抗制诉讼导致的多发的社会矛盾的需要,将以“和”为目标,以人情、恩惠为主导的调停主义融入家事司法,最终通过2011年的修法,实现了家事程序法的自足性和本土化。^{〔88〕}总之,在世界范围内,家事司法的实用性理念和独立性趋势正在加强。

对于中国人来讲,家庭的特殊性更为突出。“家”是中国人最为重要的生活方式,其对于中国人的意义可以与宗教对于西方人的意义来比肩。家文化以及由此生发出来的亲情伦理与道德精神的意义系统,不仅是中国人传统生存哲学的基础,也是当下中国人精神世界的基石。^{〔89〕}家庭的特殊性以及家庭对于中国的特殊意义,决定了当下中国的家事司法必须走一条有别于一般司法的特殊化路径。不过,基于对当下中国家事司法实践的观察,现有法律制度尚未为这条路径提供足够的支撑。其一,无论在实体法还是程序法上,法律对家事关系的调整都没有实现应有的独立性与自主性,特别是在程序法上,当下的家事审判适用的是民事诉讼法,援引的是“通常审判程序”。然而,“通常审判程序”以财产案件为主导客体,以当事人主义为主导模式,以高效解纷为主要目标,并不能满足家事案件对职权主义的特殊需求,无法与家庭关系的情感属性和柔性特质相适应,进而难以实现实质性解决家事纠纷的目标。^{〔90〕}其二,目前中国家事司法实践中存在的带有灵活性的实用主义机制,大多尚处自生自发状态,既缺少理论上的系统化,又缺少正式法律制度上的肯认,具有极强的不稳定性。其三,独立的家事司法模式的有效运行,有赖于法官素质建设、社会力量参与、民间规范融入等外部机制的培育,而当下的中国司法在这些方面的建设尚存明显的不足和短板。综上,未来中国的家事司法,应从如下方面予以完善。

第一,构建符合家事解纷规律的独立的司法程序。此种程序应为家事司法提供一个更加契合家庭关系特点的、更具有人性化的、相对宽松且具有开放性的制度框架,尽可能地为各种实用性方法进入司法程序提供合法性来源。

第二,推进法官的素质建设。比之形式主义路线下的司法,实质主义路线下的司法需要法官具有更高、更全面的素质和能力。在该路线下,法官不仅应通晓法律,还应掌握地方性知识,不但要有专业技能,更为关键的是还要具备技艺理性和默会能力。一般说来,技艺理性和默会能力与年龄和经验成正相关关系。基于此,年龄和经验应被作为选拔家事法官的重要条件。有学者指出:“旨在改变人们的生活而到法学院读书的人,往往首先寻求基于法院的社会问题解决方案,但有时最有效的解决方案可能在我们的司法管辖之外。”^{〔91〕}这道出了法外的知识资源对于家事纠纷解决的价值。风土人情、生活常识、心理学等知识形态,在家事纠纷的解决中常常扮演着非常重要的角色,因而有必要注重对法官法律业务之外的素质的考察和培养。

第三,加强法官职业伦理和职业保障建设。比之形式主义路线下的司法,实质主义路线下的司法需要法官做更多的工作。这些工作往往需要耗费法官大量的时间,法官的动力和用心程

〔88〕 参见前引〔47〕,郝振江书,第44页以下。

〔89〕 参见方乐:《法律实践如何面对“家庭”?》,《法制与社会发展》2011年第4期,第54页。

〔90〕 参见丁宝同:《家事程序立法的德系演变与中国选择》,《浙江工商大学学报》2023年第5期,第46页。

〔91〕 前引〔87〕,Singer文,第368页。

度在很大程度上取决于其对工作的情感,法官的职业伦理水平决定着其工作质量的高低。法官的职业伦理与其得到的职业保障有直接关联。从某种意义上讲,只有法官能够从工作中体会到获得感、幸福感、荣誉感,其职业伦理水平才能得到应有保障。因此,要在家事司法中赋予法官以较大的权力运作空间,就必须要将法官的职业伦理和职业保障建设作为重要的工作来推进。

第四,强化社会力量的参与。家事司法正义的生活性以及“以外就内”的司法逻辑决定了,需要发动更多的社会力量参与到家事司法中来。家事调解员、人民陪审员、家事调查员、律师以及社区干部等社会力量,不仅能够弥补司法资源的不足,提升司法的亲合力,还能发挥监督功能,弥补司法内部制约不足的问题,保证司法权力的正当行使。

第五,培育民间规范的融入机制。家庭伦理、风俗习惯等民间规范,在助力家事纠纷的实质性化解方面具有不可替代的作用。各级司法机关应为民间规范融入家事司法创造便利条件。目前,一些地方法院为了便于裁判引用民间规范,开展了民间风俗和传统伦理的收集整理工作,此举能够起到示范作用,值得进一步推广。〔92〕

Abstract: Family relationships are characterized by identity, ethics, emotionality, and continuity. The functioning of family relationships exhibits a distinct lack of formality, making general civil judicial models inadequate for effectively resolving family disputes. The goal of effectively resolving disputes endows family justice with a substantive nature, making mediation the most conventional method of dispute resolution. Due to the unique nature of family relationships and family disputes, family justice often relies less on formal elements for its realization, and is situational, lifelike, and tacit in its expression. Currently, family justice in China is not suited to a purely formalistic rule of law approach. Instead, it needs to adopt a pragmatic rule of law approach, allowing greater flexibility and practicality in family justice without breaching fundamental legal principles and mandatory laws. To this end, it is necessary to construct special procedures, improve the quality of judges, strengthen professional ethics and occupational security systems for judges, enhance the participation of social forces, and foster mechanisms for the integration of civil norms, so as ensure the proper exercise of judicial power while meeting the special needs of family justice.

Key Words: family justice, dispute resolution, the formal rule of law, pragmatism, judicial justice

〔92〕 参见《姜堰运用善良风俗化解民间纠纷》,《人民法院报》2007年3月20日第1版;《传统文化让家事审判有了温度》,《法制日报》2017年5月31日第3版。